

الطلاق الوجوبي :

هناك في شريعة القرائين كما في شريعة الربانيين حالات يجب فيها على الرجل أن يطلق امرأته ، فإذا أبى أصدر القاضي حكماً بالتطبيق على نحو ما رأينا ، ومن هذه الحالات : ارتكاب الزنا من جانب المرأة أو العقد على الحائض أو زواج المصاب بعجز جنسي وزواج بعض الأقارب .

تحريم الطلاق في بعض الحالات

كما أن هناك حالات يجبر الرجل فيها على إيقاع الطلاق ، فإن هناك حالات أخرى يمتنع فيها أن يطلق الرجل امرأته .

فلا يجوز للرجل أن يطلق من اغتصبها حتى ومع وجود المسوغ ما لم يكن المسوغ ماساً بالدين كالكفر أو الزنا ومنع الرجل من الطلاق في هذه الحالة يعد عقوبة توقع على المغتصب .

وجديد بالذكر أنه لا يجوز للمكره والغاصب والمختطف أن يتزوج من أكره أو اغتصب أو خطف ولا ينعقد الزواج إلا برضا والد الزوجة ، إن رضي انعقد الزواج ، ولا يجوز للرجل أن يطلق زوجته مهما توافر المسوغ على النحو السابق ، وإن لم يوافق والد المرأة على الزواج وجب على الرجل مهر المثل على سبيل التعويض لا كأثر من آثار الزواج ، حيث لم ينعقد الزواج في هذه الحالة .

كذلك لا يجوز الطلاق لمن ادعى عدم بكاره زوجته ثم اتضح كذبه، وإذا ادعى الرجل عدم بكاره زوجته كان عليه أن يثبت ذلك، فإذا لم يستطع أن يثبت عدم بكارتها رغم ادعائه ذلك، فإنه يغرم ويجلد ولا يكون له تطليقها حتى لو وجد مسوغاً اللهم إلا إذا كانت محرمة عليه أو كانت من ممنوعات الكاهن، وإن كان هناك في فقه هذا المذهب من يرى إمكان طلاق الزوجة في هذه الحالة إذا كان المسوغ قوي كعدم الإيمان بالآخرة .

القانون الواجب التطبيق على الأجنبي فى مسائل الأحوال الشخصية

للدكتور حبيب الملا *

المبحث الأول فكرة تطبيق القانون الإجنبى

أولاً: مقدمة :

كانت العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى ولا زالت تثير مشكلة فيما يتعلق بمسألتين هامتين هما القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقات والمحاكم المختصة بنظر النزاع الناشئ عنها . وكانت القاعدة فى المدييات القديمة أن الأجنبى مجرد من الشخصية القانونية لا يصلح أن يكون صاحب حق وقانون المدينة ليس خطابا له . فلم يكن الأجنبى يستطيع الزواج ولم يكن يعترف له بحق التملك أو اللجوء إلى القضاء . وكانت هذه القاعدة ناتجة عن فلسفة تقضى بأن المدينة جماعة تربطها وحدة واحدة لا يفيد من قوانينها إلا اعضاءها دون الأجنبى(١) ، وهو المبدأ المعروف قانوناً بإقليمية القوانين بمعنى أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبى فى إقليم دولة أخرى . يقابل هذا المبدأ مبدأ آخر يعرف بمبدأ امتداد القوانين بصفة مطلقة بمعنى أن يحكم علاقات الأفراد الدولية قانونهم الوطنى أينما نشأت هذه العلاقة وأياً كان موضوعها .

* رئيس جمعية الحقوقيين بالشارقة .

(١) د . عزالدين عبدالله - القانون الدولى الخاص - ط ١١ - ١٩٨٦ - ص ٥ وما يليها .

إلا أن ضغط الواقع الناتج عن حركة الشعوب وانتقالها بين المدن القريبة والبعيدة وزيادة العلاقات بين المدن نتيجة لحركة التجارة اقتضت نظرة أخرى إلى هذا الواقع مما أدى إلى الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي ومن ثم إضطرار الدولة إلى السماح بتطبيق القانون الأجنبي في إقليمها بشكل أو بآخر ضمن حدود وقواعد تصيغها الدولة . كما أنه في المقابل تخلت الدولة عن مبدأ الامتداد المطلق لقوانينها وأصبح التطبيق الدولي الآن يعتمد على مبدأ الإقليمية النسبية والامتداد النسبي للقوانين .

ثانياً: فى التكييف القانونى لتطبيق القانون الأجنبى :

لازال تحديد طبيعة القانون الأجنبى عند تطبيقه من المسائل التى لم يستقر فيها فقه القانون الدولى الخاص ، وهناك عدة نظريات حاولت تحديد هذه الطبيعة نورها هنا على سبيل الإيجاز .

يذهب أصحاب نظرية الحقوق المكتسبة إلى أن تطبيق القانون فيه مساس بالسيادة الوطنية للدولة حيث لا يمكن للقاضى الوطنى أن يأتمر بأوامر المشرع الأجنبى وعليه فإن القاضى لا يطبق إلا القانون الوطنى . وحتى عندما يبدأ أن القاضى الوطنى يطبق القانون الأجنبى فإنه إنما يقوم بتحديد الحقوق التى اكتسبت فى ظل هذا القانون باعتباره واقعة من الوقائع لا أكثر ، أى أن غاية مايقوم به القاضى هو الاعتراف بحق تم اكتسابه صحيحاً وفقاً للقانون الأجنبى(٢) ، وهذا هو رأى الفقه الأئجلوساكسون (٣) . وهناك رأى آخر فى الفقه الإيطالى يقضى بأن القانون الأجنبى يحتفظ بصفته كقانون ولكن يتم تطبيقه باعتباره شقاً من القانون الوطنى . ويرى كثير من الشراح الفرنسيين

(٢) Dicey & Morris - The Conflict of Laws - 11 ed vol - I pp.3 Onwards .

(٣) أنظر شرح هذه المدرسة فى د . أحمد عبدالحميد عشوش - تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنة .

ط ١٩٨٩ ص ٨٧ وما يليها .

والألمان أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الاجنبية وإنما يسرى بوصفه أمراً صادراً من المشرع الأجنبي بناء على تفويض أو إنابه صادرة من المشرع الوطني (٤). ونعتقد أن هذا الرأي هو الأقرب إلى المنطق القانوني السليم باعتبار أن القاضى الوطنى لا يستطيع تطبيق قانون أجنبى مالم يكن هناك نص تشريعى فى القانون الوطنى يلزمه بذلك . أما القول بفكرة تطبيق القانون الأجنبى كواقعة مادية فيعيبه أن الاعتراف بالحق المكتسب فى الخارج يتضمن حتما اعترافاً بالقاعدة القانونية التى قررتها . أما فكرة إدماج القانون الأجنبى فى القانون الوطنى فيعيبها أن القانون الأجنبى يظل خاضعاً من حيث التعديل والإلغاء لإرادة المشرع الأجنبى لا لإرادة المشرع الوطنى .

ثالثاً : تعريف الأجنبى :

قبل أن نلج فى موضوع القانون الواجب التطبيق على الأجانب يجب أن نحدد ابتداء المقصود بالأجنبى . إذ أن تحديد هذا المصطلح يعتبر أمراً ضرورياً كمدخل لهذه الدراسة .

يتفق الفقه فى مجموعته على أن لفظ الأجنبى يعنى من لا يتمتع بالصفة الوطنية أى من لا يحمل جنسية الدولة وفقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية (٥) . ويشمل هذا التعريف من كان من الأشخاص منتبياً إلى جنسية دولة أخرى أو من كان بلا جنسية ، فصفة الأجنبية تنطبق على الشخص الذى يوجد فى إقليم دولة معينة ولكنه لا يحمل جنسيتها (٦) . على أنه يلاحظ أن المادة (٢٤) من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ قد اعتبرت الأشخاص مجهولى الجنسية فى حكم المواطنين إذ نصت على أنه يطبق عليهم

(٤) د . محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولى الخاص - ط ١٩٨٣ - ص ٤٧٨ ومايليهها .

(٥) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ١٤٧٩ .

(٦) د . فؤاد رياض - الوسيط فى القانون الدولى الخاص - ط ١٩٦٢ - ج ١ - فقرة ٤٠٤ وأنظر كذلك د . هشام على صادق - الجنسية والموطن ومركز الأجانب - ط ١٩٧٧ - ص ٥ .

أحكام قانون دولة الإمارات العربية المتحدة . ولقد درجت العادة فى تشريعات الجنسية فى الدول المختلفة على ألا تشتمل على تعريف لمصطلح الأجنبى وإنما يتم تحديد هذه الصفة بطريقة سلبية بالمقابلة مع مصطلح الوطنى الذى تعنى تشريعات الجنسية على تحديده بدقة (٧) .

رابعاً : نطاق مصطلح الأحوال الشخصية :

يصعب إيجاد تعريف دقيق ومحدد لمصطلح الأحوال الشخصية بسبب الصفة النسبية لهذا المصطلح واختلاف وصفه وحكمه باختلاف البلدان والقوانين فى تحديدها لهذا المصطلح بحسب حاجاتها وظروفها وتراثها من تاريخ القانون بالإضافة إلى صعوبة الاتفاق على تحديد عناصر هذا المصطلح أو مقوماته (٨) . وبينما يقتصر مفهوم هذا المصطلح فى فرنسا مثلاً على الحالة والأهلية العامة للشخص نراه يتسع فى إيطاليا ليشمل فوق ذلك الميراث والوصية والهبة (٩) ويعتبر هذا المصطلح غريباً على التشريعات العربية وغير معروف فى كتابات فقهاء الشريعة الإسلامية (١٠) .

لذلك فإنه قد يكون من الأنسب عوضاً عن محاولة تعريف وتحديد هذا المصطلح استعراض المسائل التى يمكن أن تندرج ضمن نطاقه . ومن ذلك اتجاه المشرع المصرى فى قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ إذ أن المادة (١٣) من القانون تنص على أنه : " تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر

(٧) د . علوى أمجد على - القانون الدولى الخاص لدولة الإمارات - ط ١٩٩١ - ص ٣٣٤ - ٣٣٦ .

(٨) د . علوى أمجد على - المرجع السابق .

(٩) د . عبدالحميد أبو هيف - القانون الدولى الخاص - ط ١٩٤٠ - ص ٤٢٠ .

(١٠) د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ج ٢ - ص ١٧٢ .

والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبية وإعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " . ثم أضافت المادة (١٤) مانصه " وتعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك " .

ولقد اعتبر الفقه في مصر أن البيان الوارد في المادة (١٣) ليس بيان حصر على أساس أن صياغة النص استهلكت بعبارته " تشمل الأحوال الشخصية " مما لا يعنى بالضرورة أن هذا البيان لا يشمل غير المسائل الواردة فيه (١١) . إلا أن الاتجاه التشريعي المصري نحى بعد ذلك نحواً مغايراً بالنسبة لمسألة تعريف مصطلح الأحوال الشخصية . إذ صدر قانون السلطة القضائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٥ والذي ألغى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء كما صدر قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ دون أن يرد في هذين القانونين أى تحديد لمصطلح للأحوال الشخصية . وبذلك لم يعد تعريف الأحوال الشخصية المشار إليه وجود في نصوص القانون المصري . إلا أن الفقه يذهب إلى أن التعريف المشار إليه أصبح يمثل قاعدة تقليدية راسخة من قواعد الصنعة القانونية التي يقوم عليها التشريع المصري (١٢) .

وفى دولة الإمارات العربية نجد أن المشرع وأن استخدام مصطلح الأحوال الشخصية (١٣) إلا أنه لم يضع له تعريفاً محدداً . ولكن يلاحظ أن قواعد

(١١) د . حامد زكى - القانون الدولي الخاص - ط ١٩٤١ - ص ١٢٩ .

(١٢) د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ج ٢ - ص ١٧٧ .

(١٣) د . محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولي الخاص - ط ١٩٨٣ - ص ٥٣٣/٥٣٢ .

الإسناد الواردة فى الفرع الثالث من الفصل الأول من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ تتناول معظم الأمثلة التى نص عليها المشرع المصرى فى نص المادة (١٣) من قانون القضاء رقم (٤٧) لسنة ١٩٤٩ .

ويمكن تصنيف المسائل التى يتضمنها مصطلح الأحوال الشخصية إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهى : الحالة والأهلية والميراث بنوعيه الشرعى والإيصائى .
وسنعرض فى هذه الدراسة إلى الشق المتعلق بحقوق الأسرة وذلك فيما يتعلق بالاسم والزواج والطلاق والحضانة فقط دون غيرها من الحقوق الأسرية ، إلا أننا قبل ذلك لابد من أن نتناول المنهج الذى يتبعه المشرع فى دولة الإمارات فى تطبيق القانون الأجنبى على مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثانى

القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية

أولاً : المنهج القانونى فى تطبيق القانون الأجنبى :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١١) من قانون المعاملات المدنية على أنه " يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم "

ويتضح من نص هذه المادة أن القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية هو قانون الجنسية بوصفه القانون الشخصى . ويلاحظ أن المشرع فى الإمارات استخدم تعبيرات متعددة للدلالة على قانون الجنسية ، إذ أنه يستخدم مرة تعبير " قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج " (١٤)

(١٤) المادة (٣) من قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ .

وأحياناً تعبير " قانون المكلف بالنفقة " (١٥) وأحياناً أخرى تعبير " قانون الشخص الذى تجب حمايته " (١٦) أو " قانون المورث وقت موته " (١٧) . وبذلك ينحو المشرع فى الإمارات منحى المشرع المصرى فى ذلك . وهناك من استعمل تعبيراً واحداً هو القانون الوطنى للشخص كالقانون الفرنسى (١٨) .

ولقد اختلف التطبيق القانونى تاريخياً فى مسائل الأحوال الشخصية المشمولة بعنصر أجنبى ما بين قانون الموطن وقانون الجنسية . فقد كان قانون الموطن هو الأساس للقانون الشخصى ، فالقانون الشخصى للشخص هو قانون موطنه . وعلّة اتخاذ هذا الأساس أن تنازع القوانين كان تنازعاً محلياً فلم يكن هناك ما يميز به القانون الشخصى أنسب من الإقليم الذى يتوطن فيه الشخص . وحتى فجر الثورة الفرنسية ظل قانون الموطن هو القانون السائد فى ميدان التنازع الدولى للقوانين إلا أن ما ترتب على هذه الثورة من التوحيد السياسى وظهور فكرة الجنسية غير من هذا الوضع إذ خرج المشرع الفرنسى على هذه القاعدة ونص فى الفقرة الثالثة من المادة (٣) من التقنين الفرنسى على أن القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين ولو كانوا مقيمين خارج فرنسا . مما يعنى أن قانون الجنسية أصبح هو الذى يحكم حالة الفرنسيين وأهليتهم وليس قانون موطنهم . ولقد كان لهذا النص صدها فى تقنينات سائر البلاد الأوربية التى أخذت بدورها ترحب بقانون الجنسية وتحله محل قانون الموطن (١٩) . وكان من أثر فقه "مانشيني" الذى نادى بمبدأ

(١٥) قانون المعاملات مادة رقم (١٣) .

(١٦) قانون المعاملات مادة رقم (١٥) .

(١٧) قانون المعاملات مادة رقم (١٦) .

(١٨) قانون المعاملات مادة رقم (١٧) .

(١٩) د . منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون الدولى الخاص - ط ١٩٨٦ ص ١٠٣ .

شخصية القوانين تأثير واضح على تبني كثير من النظم القانونية لقانون الجنسية وإن ظل لقانون الموطن وجود في البلاد التي تتبع النظم الانجلوسكسوني كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية .

* المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية

يرى أنصار فكرة الجنسية أن الأخذ بهذا القانون يحقق الاستقرار في مواد الأحوال الشخصية حيث أن المجال الذي يعمل فيه القانون الشخصي يحتاج إلى الاستقرار والثبات وقانون الجنسية هو الأكثر ثباتاً والأقل عرضة للتغيير من غيره . إذ أن احتمالات تغيير الجنسية محدودة إذا ما قورنت بتغيير الموطن . كما أن الرابطة الروحية التي تربط الفرد بالجماعة وهي رابطة الجنسية أهم وأسرى من الرابطة المادية بين الفرد واقليم الدولة .

أما أنصار قانون الموطن فيرون أنه أكثر صلاحية واستجابة لحماية العلاقات الخاصة الدولية فالموطن هو مركز مصالح الشخص وهو مقره القانوني الذي تترتب فيه حقوقه وأنه من العدل ومن الطبيعي أن يخضع الشخص لقانون البلد الذي يقيم فيه شأنه في ذلك شأن مواطني ذلك البلد . بالإضافة إلى ذلك يسوق أنصار فكرة الموطن أسباب إجرائية لدعم منهجهم كسهولة التعرف على قانون الموطن وسهولة تطبيقه وتفسيره من قبل القاضى المعروض عليه النزاع والذي هو غالباً القاضى الوطني (٢٠) .

وعلى أية حال فإن لجوء كثير من الدول بعد الحرب العالمية الأولى إلى إسقاط الجنسية كجزاء لعدم الولاء للدولة بالإضافة إلى النظرة الليبرالية نسبياً في دول أوروبا نحو حرية الفرد في تغيير جنسيته والاحتفاظ بأكثر من جنسية واحدة من الصعب تعيين قانون الجنسية بوصفه القانون الشخصي مما أدى إلى

(٢٠) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق - ص ٥٧٨ وما يليه .

زيادة الميل نحو ترجيح قانون الموطن .

وبغض النظر عن الاعتبارات الفنية لكل من هذين المنهجين فإن المشرع فى دولة الإمارات وإن جمع إلى الأخذ بقانون الجنسية كما سبق وأن بينا آنفاً إلا أنه لم يكن متناسقاً على ما يبدو فى هذا الفهم . إنه نص فى المادة (٢٧) من قانون المعاملات المدنية على أنه " لا يجوز تطبيق قواعد الإسناد إذا أدت إلى تعين قانون يخالف أحكامه أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام فى دولة الإمارات العربية المتحدة" . كما أن المشرع اعتبر فى المادة (٣) الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام مما يعنى استبعاد كافة قواعد الإسناد التى نص عليها القانون إذا كان النزاع متعلقاً بمسألة الأحوال الشخصية وهى النتيجة التى انتهت إليها محكمة إستئناف الشارقة الإتحادية فى حكم شهير لها . وإن كنا لا نوافق على هذه النتيجة كما سنبين عند تناول مبحث النظام العام إلا أن هذا التضارب يدل على رغبة المشرع فى تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية وهو المنهج الذى كان يناسبه الأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الواجب التطبيق على جمع المقيمين فى الدولة من مواطنين وخلافه وليس الأخذ بقاعدة الجنسية الذى يفسح مجالاً واسعاً لتطبيق القانون الأجنبي ، خاصة فى دولة جاذبة للسكان كدولة الإمارات حيث تقيم فيها جاليات أجنبية عديدة مما يجعل من شأن الأخذ بقانون الجنسية يودى إلى تعدد القوانين التى تطبقها المحاكم مما يؤثر سلباً على استقرار التعامل .

أولاً: الإسناد إلى قوانين دولة تعدد فيها الشرائع

قد يكون شأن تطبيق قاعدة الإسناد فى قانون القاضى أن يودى إلى تطبيق قانون دولة من الدول التى تعدد فيها القوانين بأن يختص كل قانون بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشأن فى لبنان مثلاً أو بأن يختص كل قانون

بنظام إقليمي معين كالولايات المتحدة الأمريكية . والذي نراه هو أن يترك أو تحديد القانون الداخلى الواجب التطبيق لقواعد الإسناد الداخلى لتلك الدولة باعتبار أن التنازع الداخلى فيما بين القوانين يخرج عن نطاق القانون الدولى الخاص ومن ثم فلا محل لإخضاعه لقانون القاضى .

ثانياً : القانون الذى يحكم الحالة : الاسم

تنص المادة (١١) من قانون المعاملات المدنية على أنه " يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم " ولقد عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون الحالة بأنها " جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص وأسرته ودولته وهى صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة أو على أسس من القانون كالزواج أو الحجر أو الجنسية" (٢١) .

ويتضح من هذا التعريف أن الحالة نوعان : الحالة العامة للشخص أو حالته السياسية وهى جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص فى الدولة ، كجنسية الشخص وموطنه ، والحالة الخاصة أو المدنية وهى مجموعة الصفات اللصيقة بالشخص والتى تحدد مركزه فى العائلة (٢٢) .

ويعنى نص المادة (١١) من قانون المعاملات على أن الحالة المدنية للشخص تخضع لقانون الجنسية التى ينتمى إليها . ويسرى هذا القانون على كافة عناصر الحالة وسنكتفى هنا بذكر عنصر واحد من عناصر الحالة وهو الاسم .

(٢١) د . عزالدین عبدالله - نفس المرجع السابق - ص ٥٨٦ .

(٢٢) المذكرة الإيضاحية - لقانون المعاملات المدنية - ص ٥٢٤ .

يعد الاسم من العلامات المميزة للشخص وهو بوصفه عنصراً من عناصر الحالة يخضع لأحكام القانون الشخصي . وهذا القانون هو القانون الذي يحكم النسب إن كان الاسم متعلقاً بالنسب والقانون الذي يحكم آثار الزواج إن كان الاسم قد بنى على الزواج . فالقانون الذي تخضع له آثار النسب هو الذي يحدد حق الشخص على اسمه وما إذا كان يجوز له تغييره أم لا . والقانون الذي يحكم آثار الزواج هو الذي يحدد ما إذا كان للزوجة أن تحمل اسم زوجها وما إذا كان للزوج أن يضم اسم زوجته إلى اسمه (٢٣) .

ثانياً : القانون الواجب التطبيق على الزواج *

إذا كانت مسائل الأحوال الشخصية موضوعاً يتسع فيه الخلاف بين قوانين الدول فإن الزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ، موضوع بلغ فيه هذا الخلاف ذروته . فالزواج وإن كان عقداً كبقية العقود إلا أنه يختلف عن غيره من العقود الأخرى مدنية كانت أم تجارية لأن الفكرة الاجتماعية التي يقوم الزواج على أساسها تختلف اختلافاً بيناً من مجتمع إلى آخر . وببداً هذا الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ويمتد إلى انعقاده وآثاره وانقضائه . فمن زواج يقوم على الوحدانية إلى زواج يقوم على التعدد ، ومن زواج يقوم على أسس دينية إلى زواج يقوم على أسس مدنية بحتة ، ثم هناك اختلاف حول الشروط الموضوعية للزواج وهل هناك شكل يجب مراعاته أم لا ؟ وبالنظر إلى هذا الخلاف تبدو أهمية تعيين القانون الذي يحكم عقد الزواج عندما يريد شخصان من جنسيتين مختلفتين أن يتزوجا أو عندما يريد شخصان من جنسية واحدة أن يتزوجا في غير دولتهما (٢٤) .

(٢٣) د . محمد كمال فهمي - المرجع السابق - ص ٥٣٥ .

(٢٤) د . محمد كمال فهمي - المرجع السابق - ص ٥٣٦ .

* لم يفرد قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات قاعدة إسناد صريحة تحكم الخطبة لذلك فإنه يقتضى قياس الخطبة على الزواج في هذا الشأن باعتبار الخطبة من مقدمات الزواج .

والزواج رابطة بين الرجل والمرأة تترتب عليها آثار قانونية . ولكن تحديد الرابطة التي تعتبر زواجاً ليس واحد في كل الدول بل أنه يختلف في كل دولة عن الأخرى تبعا لاختلاف تصور الأديان للزواج ومدى إنطباق هذه التصورات في القوانين الوضعية . ولا شك أن تحديد الرابطة التي تكون زواجا هو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضى إلا أن القاضى وهو بصدد العلاقات المشتمة على عنصر أجنبى يتعين عليه ألا يلتزم فى بيان معنى الزواج بذلك الذى تحدده القواعد الموضوعية فى قانونه ، بل عليه أن يأخذ بمعنى بالغ التجريد بحيث يتسع لأن تندرج فيه النظم التى تسمى زواجا فى قوانين الدول المختلفة والتى قد تختلف فى تفصيلاتها عن معنى الزواج ولكنها لا تختلف معه فى جوهر هذا المعنى . (٢٥) . فإذا ما أخذنا تكييف عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية لوجدنا أنه "عقد يفيد حل استمتاع كل من المتعاقدين بالأخر على الوجه المشرع" (٢٦) . والزواج فى الشريعة الإسلامية رابطة تتميز بخاصيتين هما التعدد وامكانية انحلاله بإرادة الزوج وحده . فهل يقتضى ذلك أن يقف القاضى الوطنى فى تكييف رابطة الزوجية فى المنازعات المشتمة على عنصر أجنبى على معنى هذه الرابطة فى الشريعة الإسلامية فلا يعترف بالزواج الذى لا ينحل بإرادة الزوج ولا يتعدد كما هو الحال فى الدول المسيحية ؟ أننا نعتقد بصحة ماذهب إليه الدكتور عزالدين عبدالله من أن القاضى الوطنى يجب أن لا يعتد فى تكييف الزواج بخاصيته المقررتين فى الشريعة الإسلامية بل يأخذه بمعنى مجرد واسع وهو كونه رابطة بين الرجل وإمرأة تفيد حل العشرة بينهما (٢٧) .

(٢٥) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق . ص ٢٤٦ - ٢٤٨ .

(٢٦) د . عزالدين عبدالله . المرجع السابق . ص ٢٤٨ - ٢٤٩ .

(٢٧) محمد محى الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية . ط ١٩٨٤ . ص ١٢ .

وسنعرض أولاً للقانون الذى يحكم إنعقاد الزواج . وثانياً للقانون الذى يحكم آثاره وثالثاً للقانون الذى يحكم انحلاله ، ورابعاً للقانون الذى يحكم الحضانة .

أولاً - القانون الذى يحكم انعقاد الزواج

يقتضى انعقاد الزواج توافر شروط شكلية وشروط أخرى موضوعية . والتمييز بين الشروط الشكلية والأخرى الموضوعية هى مسألة تكييف يرجع فيها إلى قانون القاضى كأى مسألة أخرى متعلقة بالتكييف . إلا أن المسألة قد تصعب بعض الشيء فى دولة الإمارات لأن مشروع قانون الأحوال الشخصية لم يتضمن حكماً يساعد على التمييز بين الشروط الشكلية أو الشروط الموضوعية للزواج (٢٨) وعليه فإنه لا مناص من الرجوع إلى الأحكام العامة للعقد فى قانون المعاملات المدنية للتمييز بين هذين النوعين من الشروط .

وبالرجوع إلى أحكام قانون المعاملات نجد أن المادة (١٣٠) منه تقضى بأنه " ينعقد العقد بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده " . وتقضى المادة (١٢٩) من القانون بأن الأركان اللازمة لانعقاد العقد هى :

- أ - أن يتم تراضى طرفى العقد على العناصر الأساسية .
- ب - أن يكون محل العقد شيئاً ممكناً .
- ج - أن يكون للإلتزامات الناشئة عن العقد سبب مشروع .

وبعبارة أخرى فإن الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية هى الرضا أو الإرادة والمحل والسبب . ويانزال هذه الشروط على عقد الزواج نجد أن جميع الشروط المقررة شرعاً لصحة الزواج تعتبر

(٢٨) أنظر د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ص ٢٢٩ - ٢٥١ .

شروطاً موضوعية باستثناء شرطى الشهادة والمهر . وعليه فإن كل مايتعلق بصيغة العقد كالإيجاب والقبول والتأبيد ، وبالعاقدين كالأهلية والكفاءة ، وبالمعقود عليه كعدم وجود موانع التحريم ، تعتبر شروطاً موضوعية .

وبعد أن تناولنا كيفية تكييف الشروط المتعلقة بالزواج ننتقل إلى تناول مسألة القانون الذى يحكم كل طائفة من هذه الشروط .

أولاً : القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون المعاملات المدنية على أنه " يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج " . وهذه القاعدة مقررة فى قوانين العديد من الدول وتضمنتها كذلك لعديد من الاتفاقيات فى مجال تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأسرة(٢٩) . والمقصود بقانون الزوجين هنا هو قانون الجنسية خلافاً لما تأخذ به بعض الدول التى تتبع النظام القانونى الأنجلوساكسونى من أخذها بقانون الوطن(٣٠) .

ولقد تفرد المشرع فى دولة الإمارات عن بعض التشريعات العربية الأخرى كالأردنى والمصرى والسورى بتحديد الوقت الذى يعتد به فى تعيين قانون جنسية كل من الزوجين فنص على أنه وقت انعقاد الزواج(٣١) . وإذا توافرت شروط صحة الزواج من حيث الموضوع والشكل وقت انعقاد الزواج فإنه لا يؤثر فى صحته بعد ذلك تغيير جنسية الزوجين أو أحدهما .

(٢٩) أنظر المادة (٧) من مشروع قانون الأحوال الشخصية فى دولة الإمارات .

(٣٠) أنظر د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ج ٢ - ص ٢٥٤ .

(٣١) د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

والواضح أن المشرع فى دولة الإمارات قد اعتد فى المادة (١/١٢) من قانون المعاملات بظرف إسناد مزدوج وهو جنسية كل من الزوجين ، فالشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع لقانون جنسية كل من الزوج والزوجة فى وقت واحد . ولا يواجه تطبيق حكم المادة (١/١٢) من قانون المعاملات مشكلة فى حالة كون جنسية الزوجين واحدة لأن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة قانون واحد . ولكن المشكلة التى تواجه تطبيق حكم المادة (١/١٢) هو فى حالة الزواج المختلط إذ يحكم عقد الزواج فى هذه الحالة قانونان فهل يتعين استيفاء الشروط الموضوعية فى كل من القانونين معاً ؟ أم يكتفى استيفائها فى قانون طرف واحد من طرفى الزواج ؟ .

لقد انقسم الفقه حىال هذه المسألة إلى رأيين يرى أحدهما بوجوب التطبيق الجامع للقانونين بمعنى أنه يجب للحكم بصحة عقد الزواج أن يعتبر صحيحاً وفقاً لقانون الزوج والزوجة معاً فلا يكفى فى ذلك أن يكون العقد صحيحاً وفقاً لقانون الزوج مثلاً ولا يكون كذلك وفقاً لقانون الزوجة . والرأى الآخر وهو السائد يرى أنه يجب تطبيق قانون الطرفين تطبيقاً موزعاً بمعنى أن يطبق على الزوج قانونه وعلى الزوجة قانونها فيكفى لصحة الزواج أن يستوفى الزوج الشروط التى يستلزمها قانونه الشخصى وأن تستوفى الزوجة الشروط التى يستلزمها قانونها الشخصى . وحجة هذا الرأى أن كل قانون يحمى مواطنيه فلا محل لتطبيقه على غيرهم . فضلاً عن ذلك فان حقيقة الأخذ بنظرية التطبيق الجامع هو تطبيق القانون الأشد فى أحكامه (٣٢) .

إلا أن المسألة تدق بعض الشىء بالنسبة لموانع الزواج كالاشتراك فى جريمة الزنا واختلاف الدين . فهذه الموانع غالباً ماتكون مشتركة بين الزوجين الأمر

(٣٢) أنظر التشريعات العربية الأخرى فى محمد محمود - التعليق على قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة مقارناً بتقنينات البلاد العربية الأخرى - ط ١٩٩٣ - ج ١ ، ص ٢٤ .

الذى يقتضى بالضرورة أعمال نظرية التطبيق الجامع للقانونين معاً (٣٣) . وهو الرأي الذى اعتنقته محكمة النقض المصرية (٣٤) . ولكن ماهو الحكم إذا كان المانع قاصراً على أحد الزوجين دون الآخر ؟ كما لو كان أحد القانونين ينص على عدم جواز الزواج إذا كان الزوج مطلقاً أو مريضاً . لقد اختلف الفقه حيال هذه المسألة فذهب رأى إلى أنه يجب تفسير القاعدة التى تنص على المنع وتحديد الهدف منها ، وفى مثل هذه الحالة الأخيرة فإن الزواج يكون باطلاً حتى لو كان قانون الزوج الذى توفر فى حقه سبب المنع لا ينص على هذا المانع (٣٥) . وذهب رأى آخر فى الفقه نرجحه إلى أنه يكفى لصحة الزواج ألا يقوم المانع بالنسبة إلى الطرف الذى يفرضه قانونه دون الطرف الآخر باعتبار أن الموانع تفسر تفسيراً ضيقاً وباعتبار أن المانع جزء من الحالة القانونية لهذا الطرف لا يتجاوزه إلى غيره . ومثال ذلك أن يكون قانون جنسية أحد الزوجين يحظر على المطلق أن يتزوج مرة أخرى ، فيكفى لصحة الزواج فى هذه الحالة ألا يكون الزوج مطلقاً حتى ولو كان الطرف الآخر مطلقاً طالما لم يكن قانونه يتضمن هذا المانع (٣٦) .

ثانياً : القانون الذى يحكم شكل الزواج

تقتضى قواعد القانون المقارن إخضاع شكل الزواج للقانون المحلى أى لقانون البلد الذى تم إبرام العقد فيه تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بخضوع شكل التصرف القانونى لمحل إبرامه . إلا أن مدى التقيد بهذه القاعدة يختلف من دولة إلى أخرى . فبعض الدول كالولايات المتحدة وإنجلترا تعدها قاعدة إلزامية بمعنى أنه

(٣٣) د . عزالدين عبدالله - المرجع السابق - ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .

(٣٤) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥٢٨ .

(٣٥) حكم محكمة النقض المصرية - ابريل ١٩٥٤ - مجموعة المكتب الفنى - س (٢٥) - ص (٧٤٧) .

(٣٦) أنظر د . منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون الدولى الخاص - ط ١٩٨٦ - ص ١١٦ .

لا يجوز إجراء الزواج فى الشكل الذى يرسمه القانون الشخصى للزوجين ، بينما تجنح غالبية الدول على اعتبار هذه القاعدة اختيارية بحيث يجوز إجراء الزواج إما فى الشكل المحلى وإما فى الشكل الذى يرسمه القانون الشخصى للزوجين(٣٧) . وفى دولة الإمارات فإن الفقرة الثانية من المادة (١٢) من قانون المعاملات المدنية تقضى بأنه " من حيث الشكل فيعتبر الزواج مابين أجنبيين أو مابين أجنبي ووطنى صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذى تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين " . وعليه فإن المشرع فى الإمارات اعتبر قاعدة الشكل المحلى قاعدة اختيارية واعتبر عقد الزواج صحيحاً إذا استوفى الشروط الواجبة فى أى من القانونين . وعليه فإنه يجوز أن يعقد الزواج وفقاً للشكل المقرر فى بلد الإبرام أو وفقاً للشكل المقرر فى قانون جنسية كل من الزوجين . فإذا كانا من جنسيتين مختلفين وجب استيفاء الشكل الذى ينص عليه كل من القانونين .

***أثبات الزواج :** يخضع إثبات الزواج للقانون الذى يحكم شكله . فإذا أبرم عقد الزواج فى الشكل المحلى وجب إثباته وفقاً لأحكام هذا القانون . وعليه فإن أدلة الإثبات المقبولة هى التى يقرها القانون الذى يحكم الشكل فلا يكون مقبولاً المطالبة بتقديم الدليل الذى يقره قانون القاضى . إذ أن الإثبات وإن كان من مسائل التقاضى إلا أن أطراف المنازعة لا يكون فى مقدورهم سلفاً أن يحددوا المحكمة التى سوف يلجأون إليها للتقاضى أمامها مستقبلاً حتى يستعدوا لذلك ويعدوا أدلة الإثبات التى تستوجبها أحكام هذا القانون (٣٨) .

(٣٧) د . محمد كمال فهمى - المرجع السابق - ص ٥٢٨ - ٥٢٩ .
(٣٨) د . عزالدين عبداللـه - المرجع السابق - صفحات ٢٧٢ ومايليه .

ثانياً : القانون الذي يحكم آثار الزواج

تقضى المادة (١٣) من قانون المعاملات المدنية فى دولة الإمارات بأنه " يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التى يرتبها عقد الزواج " . وظاهر النص أن المشرع أخضع آثار الزواج جميعها أيا كان نوعها لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج خلافاً للشروط الموضوعية للزواج حيث يخضعها المشرع إلى قانون كل من الزوجين . ومرد ذلك هو أن آثار أى رابطة قانونية يتعذر من الناحية الفنية إخضاعها لقانونين معا ، فرجع المشرع قانون الزوج باعتباره رب الأسرة . وعالج المشرع حالة التنازع المتغير المترتب على تغيير جنسية الزوج فجعل القانون الذى تخضع له هذه الآثار هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج . وعليه فإذا غير الزوج جنسيته بعد ذلك فليس من شأن هذا التغيير أن يكون له أثر على القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج . ولقد أشارت المادة (١٣) إلى طائفتين من آثار الزوجية . وتشمل الطائفة الأولى الآثار الشخصية للزواج وهى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين كحق الزوج على الزوجة فى الطاعة والإخلاص وحق الزوجة على الزوج فى المهر والنفقة وغيرها .

أما الطائفة الثانية فتشمل الآثار المالية للزواج ويقصد بها نظام الأموال بين الزوجين . وفى الشريعة الإسلامية يحتفظ كل من الزوجين بذمته المالية مستقلة عن الآخر وهو ما يعرف بنظام انفصال الذم المالية . إلا أن هناك بعضها من التشريعات ما يضع تنظيماً قانونياً للنظام المالى بين الزوجين بحيث تنضم الذم المالية للزوجين فى ذمة واحدة وهو ما يعرف بنظام المشاركة المالية للزواج أو اتحاد الذمة المالية . ولقد اعتبر المشرع فى دولة الإمارات نظام الأموال بين الزوجين من مواد الأحوال الشخصية نقلاً عن الشارع المصرى الذى انتهج فى